

## 第2篇 破産手続の開始

### 第1章 破産能力

#### 第1．総論

破産能力とは、破産手続開始決定を受け得る資格をいう。民事訴訟法上の当事者能力と同様に破産能力の有無については明文の規定がないため、破産法 13 条により、民事訴訟の当事者能力に関する規定に従って、個人・法人・法人でない社団等に破産能力が認められる（民事訴訟法 28 条・29 条）。また、破産法上、相続財産・信託財産にも破産能力が認められている（破 222 条以下，244 条の 2 以下）。

#### 第2．個人

個人には、等しく破産能力が認められる。破産手続開始決定後に破産者たる個人が死亡した場合は、その破産手続は相続財産について続行される（破 227 条）。

かつては、外国人に破産能力を認めるか、認めるとして外国人の本国法がどのようなものであるかを考慮するかについて対立があったが、現在では外国人にも等しく破産能力が認められる（破 3 条）。

#### 第3．法人

- (1) 伝統的には、法人を公法人と私法人とに分け、前者について公益性の高いものである場合は破産能力を認めないという考え方があった。しかし、現在では、公益的な公法人であっても、清算の必要性があれば破産能力を認めるべきであると考えられている。
- (2) 国家や地方自治体については、破産手続の結果、法人格が消滅することが法秩序上予定されていないから、そのような団体については破産能力が否定される。法秩序上法人格が消滅することがあり得るものであっても、独立の法主体として清算・消滅させることに合理性がない場合には、破産能力が否定される。

また、市町村等の一部が財産を有することとなったものを財産区と呼ぶ（地方自治法 294 条 1 項）。財産区の破産能力について、判例（大決昭 12. 10. 23）は、公法人である

ことを理由として破産能力を否定していると考えられている。

#### 第4．組合

従来の通説は否定説であったが、近時の有力説は、①民法上の組合につき、民法が破産を予定していること（民法 685 条以下）、②清算人の職務権限については法人清算人の職務権限規定が準用されること（民法 688 条 1 項、破 78 条）などを理由に、破産能力を認めている。

#### 第5．相続財産等

- (1) 破産法は、相続財産自体について破産を認めている。民法上の限定承認（民法 922 条）、財産分離（民法 941 条）は実体法上の制度であり、それらと相続財産の破産は別の制度であることがポイントである。
- (2) また、破産法は信託財産についても破産を認めている。信託財産は受託者に属するものの、信託目的を達成するために受託者に管理処分権が備わっているものであり、信託財産自体に破産能力を認めることが合理的である。受託者が破産したとしても、信託財産は破産財団に属しない（信託法 25 条 1 項）。

## 第2章 破産手続開始原因

### 第1. 破産手続開始原因

- (1) 破産手続開始によって、破産者や債権者の権利は制約されることになるから、どのような場合に破産手続が開始されるかが重要になる。破産手続が開始される実体上の要件を破産手続開始原因という。
- (2) 個人たる債務者について破産手続開始申立てがあり、支払不能が認められると、破産手続開始決定がされる（破 15 条 1 項）。このように、個人たる破産者については、破産手続開始原因は支払不能である。
- (3) 法人たる債務者については、破産手続開始原因は支払不能又は債務超過である（破 16 条 1 項）。

### 第2. 支払不能

支払不能とは、「債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態」と定義されている（破 2 条 11 項）。定義から分かるように、支払不能は客観的な状態である。後述する支払停止が債務者の行為であることと異なるので、この点について意識することが必要である。また、支払不能は、破産手続開始決定の裁判の時点において求められる要件であるが、それとは別に、否認権及び相殺禁止にかかる時的基準の1つでもあるので、正確な理解が必須である。

#### 【解答のためのポイント】支払不能と支払停止

本文中に述べたように、支払不能は客観的な状態であり、支払停止は債務者の行為である。この点を押さえておかないと、論文式試験の論述においておかしな解答を作成してしまうことになりかねない。

債務者が支払不能であることは、破産法 162 条 1 項 1 号イによって否認権が認められるための要件の1つになっている。また、同条 3 項は、一定の期間の支払停止があった場合、支払不能を推定している。

論文式試験においては、行為時点での支払不能を判定していくことになるが、その際に直接支払不能を判定するのであれば、客観的な状態に着目した記述が必要になる。一方、支払停止があったから支払不能が推定されるという論述をする場合は、債務者の行為についての分析を進めていく必要がある。

これを混同してしまうと、支払不能と支払停止という基礎的な概念について理解が足りないと判断されることになろう。

#### (1) 支払能力

支払能力とは、資金を調達し弁済をするための資源のことをいうから、債務者につい

て、その財産・労務・信用の各面を総合的に考慮して支払能力の欠如を判定することになる。

例えば、財産があったとしても、それを換価することが困難であれば支払不能とされる。財産が現時点でなかったとしても、例えば銀行の融資証明書がある場合のように、信用によって借入れが可能と判断されれば、現実には借入れをしていなくても（債務超過の状態であっても）支払不能とは判断されない。

また、支払不能は客観的な状態であるから、表面上弁済していても、返済見込みのない借入れによって弁済しているに過ぎない場合は、客観的弁済能力が欠けるものと考えられている。

客観的な状態として支払不能を論じるためには、債務者に対する債権者の債権の総額を具体的に観念しなければならない。しかし、例えば、不法行為に基づく損害賠償請求権が多数あり、その各別の債権額や合計の債権額の詳細が分からないという事態も想定される。裁判例（東京地決平 3. 10. 29）には、ゴルフ会員権販売会社が、プレー会員権を乱売して、会員に不法行為に基づく損害賠償請求権が発生していると目される事例において、間接事実に基づいて、債権総額が不明であるものの、ゴルフ会員権販売会社が支払不能に陥っていることを認めたものがある。ここでは、被害者の会が各地で設立され提訴が予定されていたこと、請求額が高額になること、ゴルフ会員権販売会社の資産には担保がつけられていること等が間接事実としてあげられた。この裁判例の事案以外には、公害による損害を発生させた企業が支払不能かどうかという場面などが想定されるであろう。

#### A 支払不能——支払能力の内容（東京高決昭 33. 7. 5【百選 3 事件】）

本裁判例は、支払不能とは、債務者が一般に金銭債務の支払をすることができない客観的な状態をいうのであって、人の弁済能力は財産、信用及び労務の三者から成立するものと解せられるから……財産、その信用及び労務について順次検討してみると述べた上で、財産・労務・信用の検討を行っている。

自身が金を払わなければならない場合、持ち物を売る・働いてお金を稼ぐ・誰かから借りて払うという選択肢を想定できるだろう。それを短く列挙すれば財産・労務・信用となる。

## 【解答のためのポイント】支払不能と支払停止

支払不能を判定する機会は問題演習などで必ず出題されるので、その度に繰り返して3つの要素から支払能力を検討することが必要である。財産・労務・信用についての事実が落ちているため、そのいずれも列挙できるにもかかわらず、自分に都合のよい要素しか検討しない答案もあるが、百選掲載の判旨において3つが全て丁寧に検討されている以上、上記のような答案の印象は非常に悪い。

## (2) 一般的かつ継続的

ア 支払能力の欠如は、一般的かつ継続的でなければならない。一般的とは、総債務の弁済に対して、債務者の資力の欠如していることをいう。特定の債務について債務不履行があったとしても、それだけでは支払不能とは判定されない。逆に、特定の債務についてのみに弁済を行っていても、総債務についての弁済能力が欠けていれば、支払不能であると評価される。

イ 継続的とは、一時的な支払中止や手元不如意（たまたま手元にない状態）を除くという意味である。逆に、返済の困難な借入れによって、支払不能でない状態を糊塗していたとしても、客観的に支払能力が欠けていれば支払不能と判断される。また、不動産などの資産を有している場合でも、換金が困難な場合には弁済手段を有しないとすべきとした裁判例（福岡高決昭 52. 10. 12 【百選4事件】）もある。

## (3) 弁済期の到来の要否

ア 支払不能は、弁済期にある債務について判定される。

イ もっとも、いまだ弁済期には至っていないが、弁済期は間近であり、弁済期が訪れたならば確実に支払不能になる場合であっても、なお弁済期が未到来の間は支払不能ではないと考えるべきかについては争いがある。

学説上は、近い将来の弁済期日に一般的かつ継続的に弁済できないことが確実であるという、現在の状態を支払不能に当たるとする見解があるが、裁判例（東京地判平 19. 3. 29 【百選26事件】）は、支払不能か否かは、現実に弁済期の到来した債務について判断すべきであり、弁済期未到来の債務を将来弁済することができないことが確実に予想されたとしても、弁済期の到来した債務を現在支払っている限り、支払不能といふことはできないと判示している。もっとも、他の裁判例（高松高判平 26. 5. 23 【百選27事件】）においては、一定の要件のもとに支払不能を認定するものもある。

## A 支払不能(1)——弁済期の到来（東京地判平 19. 3. 29 【百選 26 事件】）

本裁判例は、支払不能か否かは、現実に弁済期の到来した債務について判断すべきであり、弁済期未到来の債務を将来弁済することができないことが確実に予想されたとしても、弁済期の到来した債務を現在支払っている限り、支払不能ということとはできないと判示している。

なお、本裁判例は、支払不能になった時期も問題となった。裁判例は、弁済期の到来した債務額が破産会社の預金額をはるかに上回ること、さらなる受注による工事代金の入金と考え難いこと、主要取引先である銀行の支援打ち切りの決定により信用が著しく低下していることなどの事実を認定して、支払不能を認めている。試験においても、どの時点で支払不能となるかについての問題文の記載から正確に認定する問題がいつ出題されてもおかしくないため、問題文に具体的な日時が記載されている場合には、意識をする必要がある。

## A 支払不能(2)——無理算段（高松高判平 26. 5. 23 【百選 27 事件】）

本裁判例は、支払不能の判断につき上記【百選 26 事件】と同様の一般論を述べた上で、債権者が弁済期の到来している債務を現在支払っている場合であっても、少なくとも債務者が無理算段をしているような場合（全く返済の見込みの立たない借入れや商品の投げ売り等によって資金を調達して延命を図っているような状態）にある場合には、糊塗された支払能力に基づいて一時的に支払をしたにすぎないのであるから、客観的には債務者において支払能力を欠くというべきであり、その他の要件を充足する限りにおいて支払不能と認めるべきとしている。

## 【解答のためのポイント】

弁済期がいまだ到来していないが、財産を投げ売りのようにしているという状況において、支払不能を認定することができるかという問題はよく出題される。相殺や否認権を絡めて出題しやすい分野であるからという理由があると思われる。論ずることが多岐にわたる場合が多いので、弁済期未到来の債権を支払不能判定の基礎にすべきかについて紙幅を費やす必要はない。まずは、支払不能の定義を示した上で、事案の特殊性を示し、いずれかの法律構成を展開すれば問題ないであろう。しかし、各学説のどれか1つをとりつつ、他の学説をとっているように見られないよう論述を工夫することが必要である。いずれにせよ、まずは①支払不能の定義⇒（判例の）形式的帰結を示した上で、②事案の特殊性⇒修正の規範⇒あてはめという形